

## Soccorso istruttorio e autoresponsabilità dei concorrenti

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 4-12-2018

1. Giova richiamare il consolidato insegnamento della sezione secondo cui il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria ... di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando" (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 25.5.2016 n. 2219; id. sez. III 12/07/2018 n. 4266).

### Guida alla lettura

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato si chiede a quali condizioni si possa consentire di partecipare alla gara ad un operatore economico che abbia prodotto una **documentazione incompleta o insufficiente**, nonostante la **chiara ed inequivocabile formulazione delle disposizioni del bando di gara**. Lo scenario è dunque il seguente:

- il bando fissa chiaramente modalità e termini per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara;
- l'operatore economico viola le disposizioni del bando, per esempio presentando la domanda in ritardo, non presentandola, presentandola incompleta o insufficiente;
- la stazione appaltante, nonostante tali carenze, concede al concorrente di presentare ugualmente la domanda, ricorrendo al soccorso istruttorio.

Ricorda il Consiglio di Stato che, in una simile fattispecie, occorre bilanciare fundamentalmente due interessi: quello a consentire la partecipazione alla gara ad ogni operatore economico, corollario del **principio di concorrenza**; e quello, confliggente, ad evitare la violazione della **par condicio** tra i concorrenti. In particolare, proprio quest'ultimo interesse, e cioè quello ad assicurare a tutti gli operatori economici la partecipazione alla gara in condizioni di parità, sarebbe vulnerato nell'ipotesi in cui la stazione appaltante invitasse un'impresa a regolarizzare la domanda già presentata ma difforme dalle prescrizioni del bando. I Giudici amministrativi,

dunque, ritengono che non possa beneficiare del soccorso istruttorio l'operatore che violi un bando le cui disposizioni siano formulate chiaramente, in modo tale, cioè, da non generare dubbi interpretativi sulle modalità e sui termini di presentazione della domanda. In questo caso, allora, l'operatore inadempiente sopporta le conseguenze dei suoi errori: il **principio di autoresponsabilità** prevale sulla possibilità di regolarizzare la domanda: "*Giova richiamare il consolidato insegnamento della sezione secondo cui il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria ... di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando*" (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 25.5.2016 n. 2219; id. sez. III 12/07/2018 n. 4266)".

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5924 del 2018, proposto da:

Alea Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Longhin e Enrico Morello, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Longhin in Torino, via Vittorio Amedeo II n. 19;

***contro***

Regione Molise – Centrale Unica di Committenza, Azienda Sanitaria Regionale del Molise – A.S.R.E.M non costituiti in giudizio;

Orion S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Remigio Antonicelli, Saverio Nitti e Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso lo studio Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale G. Mazzini n. 73;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. MOLISE - CAMPOBASSO: SEZIONE I n. 00428/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Orion S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Luigi Birritteri e uditi per le parti gli avvocati Francesca Mastroviti su delega dichiarata di Roberto Longhin e Filippo Panizzolo su delega di Francesco Paolo Bello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

LA Regione Molise ha indetto una procedura aperta "per l'appalto di fornitura in leasing operativo (o di mero godimento) di n.5 autoambulanze tipo <C> per l'ASREM", con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per la parte che qui interessa al punto 7.3. del Disciplinare di gara veniva richiesto, per l'ammissione alla gara, un unico requisito di capacità tecnico-professionale così specificato: "*Esecuzione nell'ultimo triennio di una fornitura analoga di importo non inferiore a € 180.000,00*" e si chiariva che "*la sussistenza di tale requisito deve essere attestata in sede di gara tramite il DGUE*".

Il seggio di gara, in un primo momento, ha escluso dalla gara la Alea Italia s.r.l -odierna appellante - in quanto non risultava documentata la avvenuta esecuzione di una <fornitura analoga> di importo pari o superiore ad € 180.000,00.

In seguito la stazione appaltante, su istanza fatta pervenire dall'Alea Italia s.r.l. in data 9.03.2018, in applicazione dell'art. 83 comma 9, del d.lgs. 50/2016, richiedeva alla Alea Italia s.r.l. di integrare la documentazione già trasmessa e comprovare il possesso del requisito di partecipazione; consentiva di rendere nuova dichiarazione in ordine al punto 7.3 del disciplinare e all'esito, nella seduta dell'11.4.2018, disponeva la revoca della precedente esclusione e l'ammissione dell'Alea Italia s.r.l. alla gara.

Il Tar Molise, con sentenza n. 428 del 27 giugno 2018, accogliendo il ricorso della contro-interessata Orion srl, ha annullato gli atti impugnati sul presupposto che la Alea Italia s.r.l non ha dimostrato di possedere il requisito di capacità tecnica e professionale previsto a pena di esclusione dall'art. 7.3 del Disciplinare, atteso che dalla dichiarazione presentata in sede di partecipazione alla gara nessuna singola fornitura è risultata dell'importo di almeno € 180.000,00 come previsto dal Disciplinare; al contrario, in tale dichiarazione risultano tre

forniture differenti tutte di importo inferiore (cfr DGUE del 16.02.2018).

Il primo giudice ha ritenuto altresì illegittimamente applicato nella fattispecie lo strumento del soccorso istruttorio.

Avverso tale decisione propone appello la Alea Italia spa ponendo la questione della legittimità del ricorso al soccorso istruttorio operato dall'amministrazione nella fattispecie.

Resiste in giudizio con memoria la Orion srl, invocando il rigetto della proposta impugnazione.

All'odierna udienza, dopo la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

L'appello proposto è infondato e deve essere respinto.

Nella fattispecie correttamente il primo giudice ha anzitutto rilevato che la stazione appaltante ha illegittimamente applicato il soccorso istruttorio in quanto *“ha consentito alla controinteressata di integrare la propria domanda di partecipazione alla gara oltre i termini previsti, nonostante non vi fosse, nella dichiarazione originaria, alcuna carenza emendabile né errore materiale e nonostante il punto 7.3 del Disciplinare di gara fosse chiaro nel richiedere, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'avvenuta esecuzione di almeno una fornitura nel triennio di importo non inferiore ad € 180.000,00 da intendersi, ad avviso del Collegio, quale unica fornitura eseguita nel triennio”*.

Al riguardo giova richiamare il consolidato insegnamento della sezione secondo cui il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria ... di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando” (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 25.5.2016 n. 2219; id. sez. III 12/07/2018 n. 4266).

Va altresì rilevato che il primo giudice ha ritenuto che, in ogni caso, la documentazione presentata dall'odierna appellante non possedeva *“alcuna rilevanza ai fini della dimostrazione del requisito suddetto”*.

Appare pertanto altrettanto decisivo rilevare che l'appellante, a fronte di una decisione di prime cure che nega la sussistenza del requisito, avrebbe dovuto fornire in appello specifica prova sul punto.

Ma la documentazione prodotta (peraltro tardivamente) non appare in alcun modo sufficiente a ritenere soddisfatto il correlativo *onus probandi* che, pertanto, non risulta adeguatamente assolto neppure nella presente sede.

Da qui l'infondatezza dell'appello.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.